Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

REPORT

some aspects of medical treatment and criminal law

Canada

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies* (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24,1986)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice* (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law* (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)
41. *Arrest* (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)
45. *Secondary Liability* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

---

* Out of print. Available in many libraries.

REPORT 28

SOME ASPECTS OF MEDICAL TREATMENT AND CRIMINAL LAW

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1986
Catalogue No. J31-48/1986
ISBN 0-662-54379-3

REPORT

ON

SOME ASPECTS
OF MEDICAL TREATMENT
AND CRIMINAL LAW

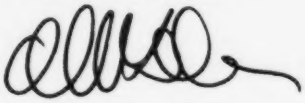
March, 1986

The Honourable John Crosbie, P.C., Q.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada.

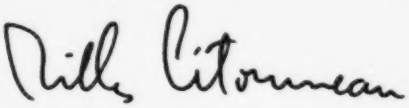
Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this Report, with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on medical treatment and criminal law.

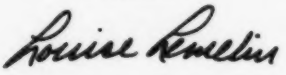
Yours respectfully,



Allen M. Linden
President

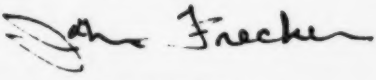


Gilles Létourneau
Vice-President



Louise Lemelin, Q.C.
Commissioner

Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner



John Frecker
Commissioner

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner

Acting Secretary

François Handfield, B.A., LL.L.

Co-ordinator, Protection of Life Project

Edward W. Keyserlingk, B.A., B.Th., L.Th., L.S.S., LL.M., Ph.D.

Principal Researcher

Jean-Louis Baudouin, Q.C., B.A., B.C.L., D.J., D.E.S.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: Outline of Reform 5

I. Maintaining the Principle of Protection of Life and Health 5

A. The Protection of Psychological Integrity 6

B. General Standards of Criminal Law 6

C. Palliative Care 8

II. Maintaining the Principle of Autonomy 8

A. The Role of Consent 9

B. The Protection of Incompetent Persons 10

III. Maintaining the Principle of Self-Determination 12

A. Cessation of Treatment 12

B. Active Euthanasia 13

C. Aiding Suicide 13

CHAPTER TWO: Proposals for Reform 15

I. Recommended Legislative Amendments 15

II. Recommendations on General Legal Policy 18

Introduction

For several years the Law Reform Commission has published a series of Study Papers, Working Papers and Reports to Parliament regarding certain aspects of protecting the human person. Among these, in the field of medical law, is a group of studies produced by the Protection of Life Project. The Commission has thus been able to make proposals for reform affecting the criteria for the determination of death, sterilization of the mentally retarded, medical treatment, euthanasia, suicide, interruption of treatment and techniques for controlling and altering personality, and will soon be doing so for experimentation on human subjects. It has also published two key general studies, one on the sanctity of life and the other on consent to medical care.

Besides these general studies, intended for a wide readership, there are other Papers of a more strictly legal nature, directly affecting the criminal law as such. An example of these is Working Paper 29, entitled *The General Part: Liability and Defences*, which contains a group of principles which can also apply to protection of the human person. Finally, the Commission has undertaken other studies on offences against the person, strictly speaking, such as homicide and assault.

This group of studies has led to much consultation among various groups of legal, medical and other experts. It has also generated public reaction, giving the Commission the benefit of relevant comments, criticisms and observations. This reaction has made an invaluable contribution to the Commission's analysis. In many cases it has enabled the Commission to adjust certain new approaches, such as changing, in a Report to Parliament, certain recommendations made in the Working Paper on the same subject. It has in addition shown the Commission the extent to which reform is necessary, and even urgent, in certain areas.

Among the objectives of the Commission since its inception is one which has now become a priority: reforming the criminal law, and in particular an in-depth revision of the present *Criminal Code*. The Commission is now devoting the larger part of its energy to this undertaking so that Canada will have a modern Criminal Code, responding to the needs of the late twentieth century and adequately expressing the social aspirations and demands of Canadian citizens.

In terms of this undertaking the protection of the person is clearly of special importance and a priority. The principal body of offences in this area at the present time is contained in Part VI of the *Criminal Code*. These must therefore be subjected to a critical review in light of changes in social mores and the problems which the existing provisions have created in the courts.

However, in such an important area it is essential to attempt to formulate a general policy. Owing to the speed of scientific development, protection of the person in the field of medical law presents special problems which affect the daily lives of everyone. In view of these two factors, the Commission has thought it advisable to produce a general Paper with two specific objectives. The first is to bring together the various recommendations scattered among the Protection of Life Project Papers written to date. The second is to achieve a systematic and organized presentation of a group of recommendations to which the drafters of the new Criminal Code can refer.

This Paper is not limited to recommendations which can be converted directly into legislation, though these comprise by far the most important part of it. The many studies which the Commission has undertaken on the matter have indicated the existence of two important factors upon which reform will to some extent depend. First, the protection which the law gives, or should give, to the person forms a complex whole which is not based exclusively on the criminal law. The guarantees made in the Constitution, the federal or provincial Charters, protection by private law and at times by administrative law, all play an important part. The protection given by the criminal law must therefore take these other provisions into account and so far as possible be in harmony with them. It is for this reason that, in several of its Papers, the Commission has from time to time made suggestions on general legal policy and advocated better co-ordination between federal and provincial law. This was the case in particular in Working Paper 24 on the question of the sterilization of the mentally handicapped and Working Paper 43 on behaviour alteration and the criminal law.

Furthermore, real reform sometimes occurs more through the changing of individual or group attitudes, behaviour and conduct than by the drafting of legislation, especially in the case of the criminal law. The desired changes may be achieved only if government has a coherent policy in this regard. This policy does not necessarily have to be contained in criminal legislation: it may simply be in rules of internal administration. The Commission has many times had to make this kind of suggestion, both in connection with the Protection of Life Project and in its Administrative Law Project. This Paper was therefore conceived and written with this in mind.

Before examining the main problems which any reform should attempt to resolve, one must relate that inquiry to a more general context, in this case the role of the criminal law as an intervening force.

The Canadian legislative and judicial corpus indicates that there are several levels of intervention affecting the legal protection of the integrity of the human person. First, there are the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the interpretations that these may be given by the courts. In the same category we can put the various provincial enactments, such as the Québec *Charter of Human Rights and Freedoms*, which also seek to protect the person from the standpoint of public law.

Private law, whether in the civil or common law tradition, has also developed several techniques to protect and preserve the integrity of the person. Thus, private law provides the victim of an injury caused by the fault or negligence of another a remedy in the form of monetary compensation for the damage suffered. Some statutes also give the individual greater protection in particular areas. This is true, for example, in the case of experimentation and the sterilization of persons who are mentally handicapped.

The criminal law intervenes on a third level. Without wishing to undertake a philosophical analysis of its role here, it will suffice for us to note that the prevention of crime is among the functions it is required to perform. The criminal law exists to stigmatize publicly certain antisocial acts. On the other hand, not every act of this nature necessarily has a criminal penalty attached to it. The objectionable conduct must also have a certain degree of gravity and seriousness to warrant this kind of prohibition.

No exception is made to this general rule where protection of the integrity of the person is concerned. Though such integrity is recognized by the law as a fundamental value, every invasion of it cannot and should not necessarily constitute a criminal offence. Thus, if the intrusion causes the victim's death, the perpetrator will be held liable only if the act committed constitutes a homicide within the meaning of the law or negligence which, through the reckless or careless behaviour of the perpetrator, can be classified as "criminal negligence." If these conditions are not met, as for example when there has simply been an "accident" in the popular sense, the criminal law leaves to private law the task of determining whether monetary compensation is appropriate. It does not publicly stigmatize the wrongful conduct. There is thus an appreciable difference between criminal negligence and civil fault, depending on the nature and type of action by the perpetrator, and this clearly illustrates the special functions of these two areas of the law.

This difference is fully confirmed by the facts when applied to the specific context of medical law. The case reports are full of court decisions holding a physician liable in damages to his patient as the result of a mistake or fault in diagnosis or treatment. On the other hand, cases in which a charge of homicide, criminal negligence or assault has been laid against medical personnel are rare, and those in which a conviction was obtained are rarer still.

This general statement of the function of the criminal law leads to certain important conclusions. First, the revised criminal law should not be expected to govern all invasions of the integrity of the person. Only those of such gravity and seriouness that they merit a public sanction should be "criminalized." Second, and this is the point of special significance in medical care situations, the criminal law should not be expected to regulate in advance, in minute detail, the entire system of protection for the patient's rights. Criminal law may lay down certain prohibitions and attach penalties to them: it cannot, like a regulatory statute, specify detailed terms and conditions or even regulate the application of such protection.

Thirdly, though medical law may result in a special type of intrusion, it is not unique in doing so. As the rules of the criminal law are stated in general form, and in language expressing principles of universal application, most of the problems which arise in the field of medical law can be regulated by those general provisions applicable to all other cases of illegitimate violation of the integrity of the person. If the need arises, a specific provision may become necessary to cover a situation peculiar to medical science.

In conclusion, therefore, the criminal law should not be expected either to completely regulate protection of the integrity of the person, or to provide an answer to all problems.

CHAPTER ONE

Outline of Reform

As indicated in the various Papers published by the Commission to date on the subject as a whole, reform affecting protection of the integrity of the person turns on a number of basic questions that must be briefly reviewed and examined here.

Some of these involve fundamental matters (Is the right to consent to what would ordinarily be an assault legitimate?); others problems of legal analysis (Should the idea that treatment is *prima facie* an assault be preserved?); and still others specific rules (Should aiding suicide be criminalized?). To provide a coherent overview of the question and attempt to impose at least a semblance of logic in a very disparate whole, we thought it advisable to group our observations under three main principles, which we feel should govern all aspects of the reform, namely:

(1) maintaining the principle of protection of life and health;

(2) maintaining the principle of the autonomy of the person;

(3) maintaining the principle of the person's right to self-determination.

I. Maintaining the Principle of Protection of Life and Health

By a series of offences, the present criminal law seeks to protect human life and health. These various provisions have been analysed in detail in Working Paper 26, *Medical Treatment and Criminal Law*. As that Working Paper showed, this protection centres primarily on the offences of assault (*Criminal Code*, ss. 244, 245), failure to fulfil a duty to provide necessaries (s. 197), failure to fulfil a duty imposed on those who undertake acts dangerous to life (ss. 198, 199), intentionally causing bodily harm (s. 228), criminal negligence (ss. 202-204) and homicide (ss. 204-223). These provisions are general in application and so naturally also cover acts committed in a context other than the medical one.

The criminal law must continue to ensure that the individual has such protection. Life and health must continue to be recognized as fundamental values which are worthy of protection. From the standpoint of reform, however, three questions need to be asked.

(1) Should the law also protect the mental or psychological integrity of the person by criminalizing violations of it?

(2) Are the current general standards determining what conduct by medical personnel is acceptable for purposes of the criminal law adequate?

(3) How should the criminal law treat cases where palliative care is administered when that treatment may result in shortening the patient's life?

A. The Protection of Psychological Integrity

This very complex problem was discussed at length in Working Paper 43, entitled *Behaviour Alteration and the Criminal Law*. The Commission observed in that Paper that the present law only protects the psychological integrity or health of an individual in an indirect and piecemeal way. Various possible solutions to the problem were presented after it was clearly recognized that, at least in principle, psychological integrity is a value which also merits recognition and protection. These solutions, discussed at length in Working Paper 43, have been submitted to jurists, mental health professionals and the public for consideration.

The Commission has consulted widely on this issue, and the following is a summary of its findings and conclusions.

First, a large majority recognized the necessity in modern times of using the criminal law to protect respect for psychological integrity. Secondly, a large number of the jurists consulted, especially practising lawyers, considered that the evidentiary problems referred to by the Commission in Working Paper 43 are indeed real and would represent a major obstacle if the offences were to be framed along the lines of those already existing for violations of physical integrity. Finally, all those consulted agreed with the proposals contained in that Working Paper regarding the modernization of existing legislation.

The Commission therefore considers that the new Criminal Code should attempt to make some provision for protecting psychological integrity, but it realizes the very great problems involved in doing so. It is for this reason that the Commission has, for the time being, simply recommended the creation of an offence against psychological integrity limited to the treatment situation.

B. General Standards of Criminal Law

The *Criminal Code* recognizes a valid defence in questions involving medical treatment when, as section 45 provides, treatment is performed for the benefit of the individual, with reasonable care and skill, and it was reasonable to provide the treatment having regard to the state of health of the person and the other circumstances of the case.

To begin with, the criminal law regards treatment as an assault like any other. However, it is a very special type of assault, since legislation specifically creates an exemption from liability in view of the purpose of the treatment (the individual's welfare), its reasonableness and the means used to provide it.

As Working Paper 26 showed, the criminalization of an action involving a surgical procedure can only occur if there was an abuse, that is — to apply the idea underlying the present legislation — if the act taken as a whole was not "reasonable." In the Commission's view, this requirement should be maintained and the matter left to the courts to decide in each particular case.

The foregoing analysis applies only within the limits of actual treatment or therapy. Certain problems may arise in experimental situations, since the objective is not to provide an individual with a benefit as such, but simply to extend the area of scientific knowledge. Nonetheless, purely scientific experimentation on human beings is a widely accepted fact of modern life. It is a necessity in pharmacology and the development of new medicines. It has a socially valid and ethically legitimate purpose. Provided the person who is the subject of the experimentation gives valid consent, not obtained by mistake, fraud or violence, the first obstacle to its legality would appear to have been removed. As with treatment as such, moreover, the general provisions regarding offences against the person (homicide and criminal negligence) appear to be adequate to control possible abuses.

The Commission accordingly recommends, subject to the additional conditions stated below, that experimentation be subject to the same rules as treatment, in that the legality of the act will depend on obtaining free and informed consent to it.

A further problem presented by the general rule of "reasonableness" of the act was discussed at length in Working Paper 28 and in Report 20, both entitled *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment*. It results from the combined effect of the provisions of *Criminal Code* sections 45 and 199. The latter, it will be recalled, requires anyone who undertakes medical treatment to continue providing it if failing to do so may threaten human life. Taken literally, and in the medical context, it amounts to a legislative endorsement of heroic and aggressive therapy. It would mean that a physician who has undertaken treatment cannot suspend it if doing so could result in the patient's death, even though the treatment has become useless and is only delaying eventual death. This provision was drafted at a time when extraordinary means of artificially prolonging human life did not yet exist. It is clearly no longer suited to the current situation, and taken literally, produces an effect diametrically opposed to that desired.

This extremely serious problem led the Commission to suggest a significant amendment to the present law in Report 20. This recommendation, drafted in keeping with the present *Criminal Code* provisions, and in the form of a legislative amendment, read as follows:

Nothing in sections 14, 45, 198, 199 and 229 shall be interpreted as requiring a physician

...

(*b*) to continue to administer or undertake medical treatment, when such treatment has become therapeutically useless in the circumstances and is not in the best interests of the person for whom it is intended.

The Commission repeats this proposal, the spirit and content of which should be embodied in the new Canadian Criminal Code in a new form. It accordingly suggests that the new Criminal Code contain a specific provision that, contrary to the general rule regarding crimes by omission, no one has a duty to continue medical treatment that is therapeutically useless or contrary to the wishes of the patient.

C. Palliative Care

It will be recalled that palliative care is care given to the patient not to cure his illness but solely to ease the physical and emotional suffering he experiences.

For some years palliative medicine has been making great strides in effectively controlling the pain suffered by terminal patients. This progress is an eloquent and humanitarian response to those who advocate active euthanasia to prevent patients from suffering. It should be continued and encouraged.

In palliative care the administration of drugs or pain-killers has a place which, though not unique, is essential. It is well known in pharmacology that at some point the administration of such substances creates a risk of shortening the patient's life expectancy. Though in such a case the act is clearly not committed for the purpose of causing death, the fact remains that it may be suspect from the standpoint of the criminal law because it has a causal relation to death.

In Report 20, the Commission, responding to the many representations made to it, suggested adoption of the following formulation, again within the framework of the existing *Criminal Code*:

> Nothing in sections 14, 45, 198, 199 and 229 shall be interpreted as preventing a physician from undertaking or obliging him to cease administering appropriate palliative care intended to eliminate or to relieve the suffering of a person, for the sole reason that such care or measures are likely to shorten the life expectancy of this person.

In the Commission's view, the gist of this amendment, designed to remove doubts concerning a matter of great importance, should also be included in the new Criminal Code. It might, for example, be the subject of a special provision inserted in the chapter dealing with the definition of crimes or offences.

II. Maintaining the Principle of Autonomy

The principle of autonomy of the person has been defined, described and discussed many times in Papers published by the Commission. There is thus no need to cover the same ground again here. However, its impact on the criminal law needs to be

examined in greater detail. The following comments do not apply to medical law only: they have a more general scope covering offences against the person. For clarity in presentation we have chosen to group our findings under two main headings: first, the role of consent, and second, the protection of incompetent persons.

A. The Role of Consent

In a Study Paper published in 1980, the Commission examined in detail the problems raised for current positive law by consent to medical treatment.

In classical theory there is, in principle, no assault if the "victim" consents to the force used against him and if the purpose of using such force is not in itself illegal or immoral. To take an everyday example, a boxer, by the very nature of the sport he engages in, consents to receive normal and usual blows in the process. In general, therefore, consent has the effect of legalizing a violation of bodily integrity which, in other circumstances, without such consent, would constitute a criminal offence. Two questions arise as a result.

First, the consent given must be valid. The law cannot look only at the formal aspect of the expression of consent in determining its legal validity. Someone who acquiesces in an assault on his person because he is threatened with death has expressed consent, but has not validly consented in the eyes of the law. A consent extorted by duress is not valid and so cannot legalize the assault.

The same is true of consent given by the victim as the result of a mistake or fraud. Such situations are well known in the private law of contract, and are referred to as defects in consent. This must also be the case in the criminal law.

In light of this, the Commission considers that the new Code should contain fundamental rules regarding consent, specifying the cases in which the victim's consent may be regarded as a valid defence to the charge and providing that, despite a formal expression of consent, there cannot be a valid consent if it was obtained by mistake or fraud or is the result of duress.

The second question is more complex. It will be examined by the Commission in its Working Paper on experimentation. The problem is not limited to this type of action, though in practice it is usually encountered in this connection. If it is assumed that a competent person can validly consent to an invasion of his physical integrity, does this mean that the mere fact of consent constitutes a valid defence in all cases? The situation may be illustrated by an example. Assume that someone of legal age, of sound mind and in full possession of the facts, consents to become the subject of a scientifically useless experiment which, though presenting no danger of death, may nevertheless have serious consequences. A person consents, for example, to demonstrate the effectiveness of a new surgical instrument, by having a healthy finger amputated. Assume, to take

another example, that in its initiation rites a sect requires its future members to amputate a leg, and the new candidate freely consents to do this and finds a surgeon willing to conduct the operation. In such cases, should not the criminal law in the name of public order retain the right to intervene, despite the consent, and to criminalize the act in question?

As Working Paper 28 indicated, whereas the traditional common law prohibits consent to death or the infliction of grievous bodily harm, the Canadian *Criminal Code* in section 14 limits the scope of the rule to consents to death.

The Commission feels that society must, through the courts, retain some power of control over the acts which it may regard as "humanly unacceptable" at a particular stage of its development.

Two solutions are therefore possible. The first involves enacting a specific offence, or inserting in a general offence on consent a provision, stating that consent may not be validly given if the purpose of the assault is itself immoral or unacceptable. This is the approach taken, for example, by paragraph 226(a) of the Penal Code of the Federal Republic of Germany, which provides:

> Anyone who inflicts a bodily injury with the consent of the injured person commits an unlawful act only if such deed violates basic morality.

The problem with this first solution is the fact that it draws a very general line and does not make it possible to foresee judicial solutions with any accuracy. The second solution, which the Commission prefers, is simply to go back to the old common law rule, followed by Canadian courts, that consent cannot be validly given if the assault, when not justified for therapeutic reasons, may create a serious danger to the person's life or health. If the bodily harm is minor and the individual consents to it, the criminal law should not prohibit it. The power of the courts to intervene should be reserved for cases in which the person has to be protected, despite himself, against a serious attack on his health or integrity.

B. The Protection of Incompetent Persons

The incompetent person, that is, someone who cannot give valid consent, may become an easy target for all kinds of abuse involving violation of personal integrity. This is why from time immemorial the law has provided special protection for such persons.

The problem of protecting incompetent persons has been considered by the Commission several times since 1972. In some recent studies the inability to consent and its effects, as well as methods of protecting fundamental rights, have been analysed in connection with: contraceptive sterilization operations (by Working Paper 24); cessation of treatment (by Working Paper 28 and Report 20); behaviour alteration (by Working Paper 43); and also more indirectly, medical treatment (by Working Paper 26).

It appears from all the discussions, comment and observations on these various provisions and those published by the Commission earlier, that preservation of the principle of autonomy of the person necessarily requires that the measures to protect the rights of an incompetent person should be strengthened. By definition, an incompetent person is someone who no longer functions autonomously. Society must therefore seek to promote those persons' recovery and the law must provide them with special protection. In this connection the reader can refer to Working Paper 24 on sterilization. This Paper has been used as a model in many provincial legislative initiatives on the subject, at least as regards general principles. The Commission does not intend to further its research on that issue or to submit a Report to Parliament. In the present state of the law, in view of the progress already made, it feels this would not be useful, especially since the civil rules for protecting the mentally handicapped do not necessarily belong in the *Criminal Code*.

In the criminal law, the requirement that consent be free and informed in order to legalize an invasion of the integrity of the person provides some initial protection. However, as we have seen, this is not sufficient. As the Commission has pointed out on several occasions, the progress of psychiatry and the changes in attitude toward mental illness mean that it is increasingly necessary to separate incapacity in the legal sense from factual inability to give consent. In the case of decisions regarding a person's own body, medical procedures and decisions affecting life and its continuance, the fact that he has been declared incompetent by a court does not mean that his consent or assent may automatically be dispensed with. In other words, for the purposes of the criminal law a person whom the criminal law has declared incompetent should, like anyone else, have the right to participate in decisions concerning himself when those decisions involve a violation of his integrity, provided he is able, despite the illness affecting him, to understand the nature and consequences of his actions. Most current or proposed provincial legislation has adopted this general concept.

However, this rule has to be qualified. As the Commission has observed, where treatment is concerned, a hospital or physician must retain the right to treat a person without his consent in an emergency situation and where inaction may be dangerous to the life or safety of the person or his surroundings. These are the classical exceptions which require no further elaboration.

Finally, though the mentally ill or handicapped person, like anyone in Canadian society, benefits from the general protections provided by law, such as the Charter and other fundamental legislation, he must still be given specific protection to shield him from abuses. As the Commission has mentioned several times, it should not be possible to deprive anyone of the exercise of certain of his rights without a valid decision either by a court of law or by a quasi-judicial tribunal. Moreover, a mentally handicapped person should benefit from all the fundamental procedural guarantees against unlawful confinement. These requirements are in fact applied in the great majority of existing federal and provincial enactments on the question.

Civil protection for incompetent persons is primarily, though not exclusively, a matter for provincial law. There is, however, a new aspect to such protection with the coming into force of the federal Charter, many of the provisions of which will undoubtedly have a direct bearing on the matter. As the Commission indicated in Working

Paper 43 regarding behaviour control and alteration, it is discouraging to find a lack of uniformity in provincial legislation on such an essential matter as the rights and legal treatment of the mentally handicapped. The Commission accordingly repeats its recommendation, made at that time, that a special effort should be made through bodies such as the Uniform Law Conference to adapt existing legislation to the rights conferred by the Charter and, when possible, to standardize the various provisions regarding the protection of incompetent persons.

III. Maintaining the Principle of Self-Determination

One of the direct consequences of the principle of personal autonomy is the right to what may be referred to as *self-determination*. Once a person is capable of making free and informed decisions, he should have the right, without interference and within the limits imposed by his living in society, to make decisions affecting himself. This rule of self-determination is particularly important where decisions affect physical or mental integrity. It is designed to respect the individual's decision-making power, to ensure a personal "sphere of intimacy" and to guarantee the individual a measure of control over his own life.

In Working Paper 28 and Report 20 the Commission examined, in relation to the criminal law, the consequences of applying this principle to standard violations of the physical integrity of the person. The present situation and the suggestions for reform made at that time may thus be briefly reviewed here.

A. Cessation of Treatment

Treatment of a competent person is a voluntary act. Because he is autonomous, he has the power to decide to start or stop it. The matter becomes serious when the cessation or non-initiation of treatment at the request of the person concerned may have the effect of causing or hastening his death.

As it has said several times, the Commission considers that the law should observe the principle of self-determination by the individual over his own body, over his own life and death. This necessarily means that an individual may refuse treatment or have it stopped, even if doing so places his life in jeopardy. This is true, for example, of a Jehovah's Witness who refuses a blood transfusion or a patient suffering from a serious illness who desires to end treatment or to stop intravenous feeding. It is clearly important to ensure that the decision is that of a lucid person who is capable of making it. If this condition is met, the Commission considers that the decision should be carried out even though to an impartial observer it may not appear to be objectively valid. The individual's personal reasons, whether or not shared by others or by society, should be respected, whatever one's opinion of their logic, relevance or validity.

The Commission therefore considers that in the new Criminal Code, the competent person's right to self-determination over his own body and the right to make unaided decisions affecting himself should be formally recognized and stated. This right is a general one which not only has medical ramifications but also applies to any circumstances in which a violation of the integrity of the person may take place.

B. Active Euthanasia

The Commission has strongly rejected active euthanasia and continues to do so. As it wrote in Report 20, the act of active euthanasia, sometimes known as mercy killing, should continue to be treated as murder by the law.

Observance of the principle of self-determination does not imply that the individual has the right to require others to put him to death. Active euthanasia, even with the consent of the person concerned, is unacceptable. Its legalization or direct or indirect recognition by the criminal law is dangerous because it may lead to serious abuses. It could only result in a significant reduction of the area of protection provided by the criminal law for the integrity of the person.

There does not seem to be any need to review here the argument developed at some length on this subject by the Commission in Working Paper 28 and Report 20. Our position remains one of firm opposition to the legalization or decriminalization of active euthanasia in any form, or any special legislative treatment for mercy killing.

C. Aiding Suicide

Finally, the principle of self-determination implies that a competent person is free to attempt to end his life by an act which is nevertheless objectionable in social and human terms. The decriminalization of attempted suicide, in 1973, did not have the effect of legitimizing suicide or of creating a true "right" to suicide in the classical sense of that word. The Commission feels that suicide remains an act which is fundamentally contrary to human nature. However, it agrees that for humanitarian reasons the attempt should be decriminalized.

In 1973, Parliament retained aiding suicide as an offence. This move has recently been criticized by several groups, especially in view of the assistance provided to the terminally ill. In Working Paper 28 and Report 20, the Commission stated its opposition to the decriminalization of aiding suicide on the ground that the principle of self-determination should not confer a right on a third party to aid or abet a person to commit the act. Further, in terms of general legislative policy, decriminalizing the aiding or abetting of suicide is dangerous because of the abuses that will necessarily result from such a policy. It has to be borne in mind that aiding suicide will not occur only in cases of terminally ill patients, with whom in human terms one can only sympathize.

The Commission therefore considers that the new Criminal Code should continue to prohibit aiding suicide as one of the offences against the integrity of the person.

CHAPTER TWO

Proposals for Reform

As we mentioned at the beginning of this Report, law reform in keeping with the Commission's mandate can be achieved in several ways. First, it may be through amendments to existing legislation or by the creation of new legislation, as part of the adoption of a modern Criminal Code. Second, it may be by adopting proposals not necessarily intended for legislative enactment. Finally, it may be by means of recommendations on legal policy in the widest sense, indicating to the government, Parliament or the proper authorities the general approach that should be taken on a particular question.

These three methods have been used throughout the studies published by the Commission since the early seventies. In determining their final form, especially those in the first category, the Commission has to take into account that it is at present devoting most of its energies to the drafting of a new Criminal Code. Legislative reforms already proposed will therefore now have to be examined in terms of their inclusion in this new document.

The final form of this new Criminal Code and its internal structure have not yet been decided. It is therefore difficult for the Commission to present its proposals in the form of a final legislative provision. For this reason it has preferred, in what follows, to give as complete a list as possible of the content which such new rules should have, without concerning itself with their final form for the time being.

For the sake of clarity, these recommendations have been combined under two headings, those to be contained in legislation within a new Criminal Code and those which fall more into the category of recommendations on general legal policy.

I. Recommended Legislative Amendments

Some form of regulation of medical treatment within the *Criminal Code* is essential. This is implicit in the existing legislation, as the provisions of sections 19, 45 and 198 on the one hand legalize what would otherwise fall under the heading of assault, and on the other set out the general criteria governing the legality of this type of procedure.

The final form which the regulation of medical treatment may take in the new Canadian Criminal Code is still to be determined. It will probably only be settled once the substance and form of other provisions governing offences against the person are determined.

Our first recommendation for legislation is therefore general in nature:

1. That all the offences against the person currently contained in the *Criminal Code* be retained, subject to the necessary technical modifications of substance and form, and that provision be made for redefining the rules regarding medical treatment.

Second, and in order of generality, there is the question of the legal recognition of the protection of psychological integrity. In keeping with the position taken by the Commission in the preceding discussion, its second recommendation is as follows:

2. In a treatment situation, the fact of causing serious psychological injury should constitute an offence. The possibility of extending the scope of this offence should be considered.

Third, the new Criminal Code should attempt to achieve greater clarity as regards consent, and in particular as to the legal effect of consent by the "victim" to a violation of the integrity of his person. To achieve this objective the Commission makes the following recommendations:

3. That except in emergency cases, the patient's consent be a prerequisite to the legality of medical treatment. Where the patient is unable to communicate, the consent of a third party as defined by provincial law should be obtained.

4. That the patient's consent be a prerequisite to the legality of human experimentation. Further, the risk incurred should not be out of proportion to the benefit that may be expected and should not constitute a serious threat to the person's life or health.

5. That consent may only be regarded as valid if it is free and informed, the exact meaning of these concepts to be determined by the courts in each particular case.

The Commission considers that the current standards for penalties relating to medical treatment are adequate and should be retained. Accordingly, the criminal law should not be concerned with slight fault or negligence in the administration of medical or surgical treatment. The Commission therefore recommends:

6. That, in general, the existing rules on the reasonableness of medical procedures and the standard required for penalizing abuses be maintained.

As the Commission has already twice suggested, it seems important at the present time for medical treatment to be recognized as *prima facie* legal, in contrast to other standard violations of personal integrity. For this reason it recommends:

7. That the new legislation on the subject be drafted so as to separate medical treatment from other forms of violation of the integrity of the person and to recognize that the former is *prima facie* legal.

The new protection given to human rights by the Charter means that they are now more secure than they used to be. However, in some special cases the law should provide additional protection. As we have seen in all cases, a strict interpretation of present legislation leads to endorsing and actually prescribing heroic or aggressive therapy. This practice is objectionable because it is directly contrary to the principles of the autonomy of the person and his right to self-determination, and because it is in itself a violation of the patient's fundamental rights. Though the general rule should continue to be that treatment given against the patient's wishes is an assault, the Commission feels that the problem is too important for proper conduct in this regard to be determined only by deduction from a general provision. The Commission therefore recommends:

8. That the ambiguity created by the provisions of section 199 of the present *Criminal Code* be resolved, and that the *Criminal Code* provide for the right of any competent person to refuse medical treatment or to ask for its suspension or termination, and that therefore no one shall be required to provide it against the patient's wishes.

Where a person who is unconscious, too young or not of sound mind is incapable of giving valid consent, the practice of providing heroic or aggressive therapy already prohibited in ordinary situations should not be allowed. The Commission therefore recommends:

9. That whether in the case of an incompetent or a competent person, a physician cannot be held criminally liable if he decides to suspend or not to commence treatment which has no further therapeutic value and is not in the patient's best interests.

Also with regard to medical treatment, the Commission feels it is essential for the *Criminal Code* expressly to favour the administration of palliative care, even where this may risk shortening the patient's life expectancy. This is simply a matter of recognizing a humane and accepted medical practice, and of ensuring that terminally ill patients are not deprived for some obscure legal reason of the palliative care to which they are entitled. Palliative care should, of course, always be administered in accordance with the rules ordinarily applicable to consent. (See Recommendation 3, *supra*.) The Commission therefore recommends:

10. That there be a provision in the *Criminal Code* stating that the administration of palliative care is not subject to any legal penalty when it is done for the person's benefit, even if it has the effect of reducing his life expectancy.

In Report 20, the Commission categorically rejected any loosening of the existing criminal law rules regarding active euthanasia, whether in the definition of the offence or in sentencing. For the reasons already stated, the Commission recommends:

11. That active euthanasia be neither legalized nor decriminalized and continue to be treated as culpable homicide both in terms of substance and sentencing, even if the act of homicide is committed for humanitarian reasons.

Finally, the Commission has indicated its opposition to decriminalizing the aiding and abetting of suicide. It therefore recommends:

12. That aiding and abetting of suicide not be decriminalized and continue to be penalized in the new Criminal Code.

II. Recommendations on General Legal Policy

In a separate Working Paper not yet completed, we are examining the standards which should apply to cases of experimentation on human subjects. The Commission has found that no specific rules exist in Canada applicable to those who use human beings as subjects of experimentation. Ethical rules certainly exist in various grant-aided or university bodies. Similarly, the Ontario Law Reform Commission recently suggested a specific guideline regarding experimentation on the foetus. However, we are currently considering whether these should be standardized, grouped in a single unit, whether exceptions or prohibitions regarding certain more vulnerable groups (prisoners, foetuses, children, the mentally handicapped and so on) should be rationalized and a procedure created for overseeing the application of these standards.

Two principal recommendations made directly or indirectly in the various Papers mentioned above must be clarified here.

Our first general recommendation concerns the protection of the mentally incompetent. The Commission has found that there are sometimes considerable differences among the provisions to protect them in the various Canadian provinces. As it means protecting truly fundamental rights, and in view of the provisions of the Charter, the Commission recommends:

13. That a special effort be made through bodies such as the Uniform Law Conference, first, to bring existing legislation more in line with the rights recognized by the Charter, and second, to standardize, where possible, the various statutes affecting the administration and refusal of treatment and the protection of the fundamental rights of the mentally incompetent.

Our second general recommendation is as follows: the Commission has had occasion to mention how firmly it rejects the idea that treatment may be used as a form of criminal penalty. It also recognizes that, from the mere fact of being confined, a prisoner is subject to psychological pressure which makes him more vulnerable than others to certain abuses. The Commission therefore recommends:

14. That the proper authorities ensure that medical procedures in prisons are controlled so that they are in keeping with the applicable principles of Canadian law. Such control should deal with the following problems, among others: obtaining the prisoner's consent; a mechanism to ensure that participation is voluntary; and minimum standards for disclosure and consent.

Finally, the Commission has conducted extensive studies, published in 1979 and 1981 in the form of a Working Paper and a Report to Parliament respectively, on the criteria for the determination of death. This provision, which it continues to recommend strongly be adopted by Parliament, should be general in application. It should therefore not be included in the new Criminal Code, but in special legislation or — the solution favoured by the Commission — in the *Interpretation Act*. The Commission therefore recommends:

15. That the provision proposed in Report 15 on the determination of cerebral death be adopted by Parliament as an addition to the *Interpretation Act*.

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

RAPPORT

quelques aspects du traitement médical et le droit pénal

CP 8

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes* (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

RAPPORT 28

QUELQUES ASPECTS DU TRAITEMENT MÉDICAL ET LE DROIT PÉNAL

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1986
N° de catalogue J31-48/1986
ISBN 0-662-54379-3

RAPPORT

SUR

QUELQUES ASPECTS DU TRAITEMENT MÉDICAL ET LE DROIT PÉNAL

Mars 1986

L'honorable John Crosbie, c.p., c.r., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous présenter le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur le traitement médical et le droit pénal.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Allen M. Linden
président

Gilles Létourneau
vice-président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

John Frecker
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e Gilles Létourneau, vice-président
M^e Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^e John Frecker, commissaire

Secrétaire par intérim

François Handfield, B.A., LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche sur la protection de la vie

Edward W. Keyserlingk, B.A., B.Th., L.Th., L.S.S., LL.M., Ph.D.

Conseiller spécial

Jean-Louis Baudouin, c.r., B.A., B.C.L., D.J., D.E.S.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : Les lignes directrices de la réforme 5

I. Le maintien du principe de la protection de la vie et de la santé 5

A. La protection de l'intégrité psychologique 6

B. Les standards généraux du droit pénal 7

C. Les soins palliatifs 8

II. Le maintien du principe de l'autonomie 9

A. Le rôle du consentement 9

B. La protection de l'incapable 11

III. Le maintien du principe de l'autodétermination 13

A. La cessation de traitement 13

B. L'euthanasie active 14

C. L'aide au suicide 14

CHAPITRE DEUX : Les suggestions de réforme 15

I. Les recommandations de modifications législatives 15

II. Les recommandations de politique juridique générale 18

Introduction

La Commission de réforme du droit a, depuis plusieurs années, publié une série de documents d'étude, de documents de travail et de rapports au Parlement touchant certains aspects de la protection de la personne humaine. Parmi ceux-ci, et dans le contexte du droit médical, on trouve un ensemble de travaux effectués dans le cadre du projet de la Protection de la vie. C'est ainsi que la Commission a été amenée à faire des suggestions de réforme portant sur les critères de détermination de la mort, la stérilisation des déficients mentaux, le traitement médical, l'euthanasie, l'aide au suicide, l'interruption de traitement, les techniques de contrôle et de changement de la personnalité et elle fera bientôt des suggestions de réforme à propos de l'expérimentation sur les sujets humains. Elle a aussi publié deux études d'appoint fondamentales, l'une sur le principe du caractère sacré de la vie, l'autre sur le consentement à l'acte médical.

À ces documents de nature générale, destinés à un vaste public, sont venus s'ajouter d'autres textes de facture plus strictement juridique, touchant directement le droit criminel proprement dit. Ainsi en est-il du document de travail 29, intitulé *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*, qui contient un ensemble d'énoncés pouvant s'appliquer aussi à la protection de la personne humaine. La Commission a enfin entrepris d'autres études sur les infractions contre la personne proprement dite comme l'homicide et les voies de fait.

L'ensemble de ces documents a donné lieu à un grand nombre de consultations chez des groupes divers d'experts juridiques, médicaux ou autres. Il a aussi suscité des réactions de la part du public qui a fait part à la Commission de réflexions, de critiques et d'observations pertinentes. Ces réactions ont été, pour la Commission, une source inestimable lui permettant d'alimenter sa réflexion. Elles lui ont souvent permis d'ailleurs de corriger certaines orientations et de changer, par exemple, dans un rapport au Parlement, certaines recommandations contenues dans le document de travail portant sur le même sujet. En outre, elles ont démontré à la Commission combien, dans certains domaines, la réforme était nécessaire, parfois même urgente.

Parmi les objectifs que poursuit la Commission depuis sa création, il lui en est un qui est devenu maintenant prioritaire : la réforme du droit pénal et plus précisément la révision en profondeur du *Code criminel* actuel. La Commission y consacre désormais le plus clair de ses énergies, en vue de doter le pays d'un code criminel moderne, adapté aux besoins de la fin du vingtième siècle et reflétant fidèlement les aspirations et impératifs sociaux des citoyens canadiens.

Dans le cadre de ce travail, la protection de la personne humaine revêt, bien évidemment, une importance particulière et prioritaire, et l'ensemble des infractions contenues à l'heure actuelle dans la Partie VI du *Code criminel* en constitue le principal noyau. Celles-ci doivent donc être revues avec un œil critique, en fonction de l'évolution des mœurs sociales et des difficultés auxquelles les textes actuels ont pu donner naissance devant les tribunaux.

Il est toutefois essentiel, dans une matière aussi importante, de chercher à arrêter une politique d'ensemble. En outre, la protection de la personne dans le cadre du droit médical, en raison du développement scientifique accéléré, pose des problèmes particuliers qui touchent tous les citoyens dans leur vie courante. Il a donc paru utile à la Commission, en tenant compte de ces deux impératifs, de produire un document de synthèse visant deux objectifs précis. Le premier est de réunir diverses recommandations éparpillées dans les travaux réalisés jusqu'à ce jour par la section de recherche sur la Protection de la vie. Le second est de présenter sous une forme systématique et organisée un ensemble de recommandations pouvant servir de base aux rédacteurs du nouveau code criminel.

Ce document ne se limite pas toutefois à des recommandations directement traduisibles en textes législatifs, même si celles-ci restent de loin les plus importantes. L'ensemble des études qu'a effectué la Commission sur le sujet lui a permis de constater l'existence de deux phénomènes importants qui, dans un certain sens, conditionnent la réforme. D'une part, la protection que la loi accorde ou devrait accorder à la personne forme un tout complexe qui n'est pas exclusivement lié au droit criminel. Les garanties provenant de la Constitution, de la Charte fédérale ou des chartes provinciales, la protection du droit privé, celle du droit administratif parfois, jouent aussi un rôle important. La protection que le droit criminel peut accorder doit donc tenir compte de ces autres mesures et, autant que faire se peut, s'intégrer harmonieusement avec elles. C'est ce qui explique pourquoi la Commission, dans plusieurs documents, a parfois été amenée à formuler des suggestions de politique juridique d'ensemble et à souhaiter une meilleure coordination entre le droit fédéral et les droits provinciaux. Il en a été ainsi, plus particulièrement, du document de travail 24 sur le problème de la stérilisation des personnes souffrant de handicaps mentaux et du document de travail 43 sur les techniques de modification du comportement et le droit pénal.

D'autre part, la véritable réforme passe parfois davantage par la modification des attitudes, des conduites et des comportements individuels ou collectifs, que par la rédaction d'un texte de loi, surtout lorsqu'il s'agit d'un texte de droit criminel. Les changements souhaités ne peuvent être atteints que s'il existe de la part des autorités une politique cohérente à cet égard. Cette politique ne se traduit pas nécessairement dans des lois pénales, mais parfois dans de simples règles de régie interne. La Commission a eu maintes fois l'occasion, dans le cadre du projet de protection de la vie comme dans celui du droit administratif, de faire ce genre de suggestion. C'est donc dans cette optique particulière que le présent rapport a été conçu et rédigé.

Avant d'examiner les principaux problèmes auxquels la réforme doit s'efforcer de répondre, il est nécessaire de situer celle-ci dans un contexte plus général qui est, en l'espèce, le rôle d'intervention du droit criminel.

L'ensemble législatif et jurisprudentiel canadien révèle qu'il existe, en matière de protection juridique de l'intégrité de la personne humaine, plusieurs niveaux d'intervention. Il y a, tout d'abord, les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'interprétation qui en sera éventuellement donnée par les tribunaux. Dans la même catégorie, on peut classer les différents textes provinciaux, telle la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, qui, eux-aussi, cherchent à protéger l'intégrité de la personne humaine, au niveau du droit public.

Au niveau du droit privé ensuite, qu'il soit de tradition civiliste ou de common law, plusieurs techniques ont été développées pour protéger et sanctionner l'intégrité de la personne humaine. Le droit privé donne ainsi à la victime d'une atteinte provenant de la faute ou de la négligence d'autrui un recours en compensation pécuniaire du dommage subi. Certaines lois accordent en outre, dans des domaines particuliers, une protection accrue à l'individu. C'est le cas notamment en matière d'expérimentation et de stérilisation des personnes souffrant d'un handicap mental.

Le droit criminel, quant à lui, intervient à un troisième niveau. Sans vouloir entreprendre ici une étude philosophique sur son rôle, qu'il suffise de rappeler que, parmi les fonctions qu'il est appelé à remplir, se trouve la fonction répressive. Le droit criminel entend en effet publiquement stigmatiser certains actes à caractère antisocial. Par contre, ce n'est pas tout acte ayant ce caractère qui est nécessairement sanctionné par un texte d'incrimination. Il faut, en plus, que la conduite reprochée ait un caractère de gravité et de sérieux tel qu'elle motive ce genre d'intervention.

Cette règle générale ne connaît pas d'exception en matière de protection de l'intégrité de la personne. Même si cette intégrité est reconnue comme valeur fondamentale par le droit, toute atteinte qui y est portée ne peut ou ne doit pas constituer nécessairement une infraction criminelle. Ainsi, si l'atteinte provoque la mort de la victime, il ne pourra y avoir inculpation que si l'acte posé constitue un homicide au sens de la loi ou une négligence qui, par l'insouciance déréglée ou téméraire de l'agent, peut être qualifiée de «négligence criminelle». Si ces conditions ne sont pas remplies, par exemple parce qu'il s'agit d'un simple «accident» au sens populaire du terme, le droit pénal laisse alors au droit privé le soin d'assurer ou non une compensation pécuniaire. Il ne stigmatise pas publiquement la conduite fautive. Il y a donc entre la négligence criminelle et la faute civile une marge appréciable tenant à la nature et à la qualité de la conduite de l'agent et qui illustre bien les vocations particulières de ces deux domaines du droit.

Appliquée au contexte plus particulier du droit médical, cette différence se vérifie clairement dans les faits. Les recueils de jurisprudence sont remplis de décisions de tribunaux tenant un médecin responsable en dommages-intérêts à l'endroit de son patient, à la suite d'une erreur ou d'une faute dans le diagnostic ou le traitement. Par contre, les instances où une accusation d'homicide, de négligence criminelle ou de voies de fait a été portée contre le personnel médical sont rares et celles où il y a effectivement eu condamnation sont rarissimes.

Ce rappel général de la vocation du droit pénal nous amène donc à faire certaines constatations importantes. En premier lieu, on ne doit pas attendre du nouveau droit criminel une réglementation de l'ensemble des atteintes à l'intégrité de la personne. Seules doivent être «criminalisées» celles qui présentent un caractère de gravité et de sérieux tel qu'elles méritent la répression publique. En second lieu, et la chose est plus particulièrement sensible en matière médicale, on ne peut non plus attendre de la loi pénale qu'elle règle dans les moindres détails et par anticipation tout le système de protection des droits du patient. La loi peut poser certains interdits et en prévoir la sanction; elle ne peut pas, telle une loi de type administratif, énoncer en détail les modalités, les conditions ou même réglementer le régime de cette protection.

En troisième lieu, si le droit médical peut donner naissance à un type caractérisé d'atteinte, il ne se présente pas comme un cas unique. Comme le droit criminel exprime ses règles sous une forme générale et dans un langage visant à dégager des principes universels, la majorité des problèmes qui se posent dans le domaine du droit médical peuvent être réglementés par des textes généraux applicables à tous les autres cas d'atteinte illégitime à l'intégrité de la personne humaine. Par contre, si le besoin s'en fait sentir, pour régler une situation particulière aux sciences médicales, un texte spécifique peut devenir nécessaire.

En conclusion donc, on ne doit attendre du droit pénal ni une réglementation complète de la protection de l'intégrité de la personne, ni une réponse à tous les problèmes.

CHAPITRE UN

Les lignes directrices de la réforme

Comme le révèle les divers documents publiés jusqu'ici par la Commission sur l'ensemble du sujet, la réforme en matière de protection de l'intégrité de la personne s'articule autour d'un certain nombre de questions de base qu'il y a lieu de rappeler et d'examiner brièvement ici.

Certaines questions touchent des problèmes fondamentaux (le droit de consentir à ce qui normalement serait une voie de fait est-il légitime?), d'autres des problèmes d'aménagement juridique (doit-on maintenir l'idée que le traitement est *prima facie* une voie de fait?), d'autres enfin des règles spécifiques (doit-on décriminaliser l'aide au suicide?). Pour donner une vision d'ensemble cohérente de la question et tenter de mettre au moins un semblant de logique dans un ensemble fort disparate, nous avons jugé utile de regrouper nos observations autour de trois grands principes qui, selon nous, doivent présider à l'ensemble de la réforme, soit:

1) le maintien du principe de la protection de la vie et de la santé;

2) le maintien du principe de l'autonomie de la personne;

3) le maintien du principe de l'autodétermination de la personne.

I. Le maintien du principe de la protection de la vie et de la santé

Le droit criminel actuel, par une série d'infractions, s'efforce de protéger la vie et la santé humaines. Ces différents textes ont été analysés en détail dans le document de travail 26 intitulé *Le traitement médical et le droit criminel*. Comme l'a montré cette étude, cette protection s'articule principalement autour des infractions de voies de fait (art. 244 et 245 du *Code criminel*), de manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence (art. 197), de manquement à l'obligation imposée à ceux qui s'engagent à entreprendre un acte ou qui entreprennent des actes dangereux (art. 198 et 199), de causer intentionnellement des lésions corporelles (art. 228), de négligence criminelle (art. 202 à 204) et d'homicide (art. 204 à 223). Ces textes ont une portée générale et, donc, couvrent naturellement aussi les actes posés dans un contexte autre que celui du droit médical.

Le droit criminel doit continuer à assurer cette protection au citoyen. La vie et la santé sont et doivent continuer à être reconnues comme des valeurs fondamentales et dignes de protection. Toutefois, dans une perspective de réforme, il convient de poser une triple interrogation :

1) Le droit doit-il aussi protéger l'intégrité mentale ou psychologique de la personne en criminalisant les atteintes qui y sont portées?

2) Les standards généraux actuels établissant, pour le droit criminel, la conduite acceptable de la part du personnel médical sont-ils adéquats?

3) Comment le droit criminel doit-il envisager l'hypothèse où un traitement palliatif est administré et peut avoir pour conséquence l'abrégement de la vie du patient?

A. La protection de l'intégrité psychologique

Ce problème fort complexe a été longuement discuté dans le document de travail 43 intitulé *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal*. La Commission a alors constaté que le droit actuel ne protégeait l'intégrité ou la santé psychologique d'une personne que d'une façon indirecte et parcellaire. Ce document fait état de plusieurs solutions possibles au problème, après avoir clairement reconnu, au niveau des principes, que l'intégrité psychologique représente une valeur méritant elle aussi reconnaissance et protection. Ces solutions longuement discutées dans le document de travail 43 ont été soumises à la critique des juristes, des personnes s'occupant de la santé mentale et du public.

La Commission a en effet mené une consultation approfondie, dont les résultats, en résumé, sont les suivants.

Tout d'abord une forte majorité reconnaît la nécessité, à l'époque moderne, de protéger le respect de l'intégrité psychologique par le biais du droit criminel. Ensuite une partie importante des juristes consultés, et plus particulièrement des praticiens du droit, sont d'avis que les difficultés de preuve auxquelles la Commission faisait allusion dans son document de travail 43 sont réelles et constituent un obstacle majeur à la conception d'infractions sur le sujet qui seraient modelées sur celles existant déjà en matière d'atteintes physiques. Enfin, tous nos consultants ont été d'accord avec les propositions contenues dans ce document visant la modernisation des textes actuels.

La Commission estime donc que le nouveau code criminel doit s'efforcer de reconnaître une place à la protection de l'intégrité psychologique mais elle est consciente des difficultés fort réelles que cela suppose. C'est pourquoi la Commission se contente de recommander pour l'instant la création d'une infraction contre l'intégrité psychologique applicable seulement en matière de traitement.

B. Les standards généraux du droit pénal

Le *Code criminel* reconnaît une défense valable en matière de traitement médical lorsque, aux termes de l'article 45, le traitement est pratiqué pour le bien de la personne, avec un soin et une habileté raisonnables et enfin lorsqu'il était raisonnable de le pratiquer étant donné la santé de la personne et les autres circonstances de l'espèce.

Pour le droit criminel, le traitement est donc considéré de prime abord comme une voie de fait semblable à toutes les autres. Il constitue cependant une voie de fait bien spéciale, puisqu'un texte particulier prévoit une exonération en tenant compte du but poursuivi (le bien de l'individu) et du caractère raisonnable de l'opportunité et des moyens de pratiquer l'intervention.

Comme le document de travail 26 l'a démontré, la criminalisation d'un comportement touchant une intervention chirurgicale ne peut avoir lieu que s'il y a abus, c'est-à-dire, pour reprendre l'idée même des textes actuels, que si l'acte, considéré dans son ensemble, n'a pas été «raisonnable». Il y a lieu, de l'avis de la Commission, de maintenir cette exigence et d'en laisser l'appréciation aux tribunaux, suivant chaque espèce particulière.

Par contre, l'analyse qui précède ne se conçoit que dans les limites du traitement ou de la thérapie véritable. En matière d'expérimentation, certaines difficultés peuvent surgir puisque le but poursuivi n'est pas de procurer à l'individu un bienfait ou un bénéfice propre, mais simplement d'augmenter le champ des connaissances scientifiques. Pourtant, l'expérimentation à caractère purement scientifique sur l'être humain est une réalité bien acceptée à l'époque moderne. C'est d'elle que dépendent entre autres la pharmacologie et le perfectionnement de nouveaux médicaments. Elle a un but socialement valable et éthiquement légitime. À partir du moment où la personne qui est le sujet de l'expérimentation donne un consentement valable, qui n'est pas obtenu par erreur, dol ou violence, le premier obstacle à sa légalité paraît levé. Comme pour le traitement proprement dit, d'autre part, les dispositions générales des infractions sur la personne (homicide, négligence criminelle) paraissent suffisantes pour réprimer les éventuels abus.

La Commission recommande donc, sujet aux conditions supplémentaires élaborées ci-après, que l'expérimentation soit soumise au même régime que le traitement quant à l'obtention d'un consentement libre et éclairé comme condition à la légalité de l'acte.

Un autre problème posé par le critère général du caractère «raisonnable» de l'acte a été longuement discuté dans le document de travail 28 et dans le rapport 20, intitulés *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*. Il provient de la conjonction des dispositions de l'article 45 et de celles de l'article 199. Ce dernier texte, rappelons-le, oblige celui qui entreprend un traitement médical à continuer de l'accomplir, si l'omission de le faire peut mettre la vie humaine en danger. Interprété littéralement, et dans le contexte médical, il équivaut à un endossement législatif de l'acharnement thérapeutique. Il signifie, en effet, qu'un médecin qui a entrepris de traiter n'a plus la

possibilité de cesser le traitement si ce geste risque d'entraîner le décès du patient, alors même que ce traitement n'est plus d'aucune utilité et ne fait que retarder une échéance fatale. Ce texte a été rédigé à une époque où les moyens extraordinaires de prolongement artificiel de la vie humaine n'existaient pas encore. Il n'est manifestement plus adapté de nos jours à la situation et, interprété littéralement, produit un effet diamétralement opposé à celui qui est souhaitable.

Ce problème extrêmement sérieux a amené la Commission à suggérer dans son rapport 20 une modification d'importance à la loi actuelle. Formulée par rapport aux textes du *Code criminel* actuel, cette recommandation, exprimée sous la forme d'une modification législative se lisait ainsi:

> Rien dans les articles 14, 45, 198, 199 et 229 ne doit être interprété comme créant une obligation pour un médecin
>
> *a*) ...
>
> *b*) de continuer à administrer ou d'entreprendre un traitement médical, lorsque ce traitement est devenu thérapeutiquement inutile dans les circonstances et n'est pas dans le meilleur intérêt de la personne à laquelle il s'adresse.

La Commission réitère cette proposition dont l'esprit et le contenu devraient être incorporés sous une forme nouvelle dans le nouveau code criminel canadien. Elle suggère donc que ce nouveau code contienne une disposition spécifique précisant que nul, contrairement à la règle générale en matière de crime par omission, n'a le devoir de continuer un traitement médical thérapeutiquement inutile ou contraire aux souhaits du patient.

C. Les soins palliatifs

Les soins palliatifs, rappelons-le, sont ceux qui sont administrés au patient non pas dans l'espoir de guérir le mal dont il est atteint, mais dans le seul but de soulager, chez lui, les souffrances physiques et morales qu'il éprouve.

Depuis quelques années la médecine palliative a fait d'énormes progrès dans le contrôle efficace de la douleur chez les patients en phase terminale. Ce progrès constitue une réponse éloquente et humanitaire à ceux qui prônent l'euthanasie active pour empêcher les malades de souffrir. Elle mérite d'être poursuivie et encouragée.

Dans les soins palliatifs, l'administration de drogues ou de médicaments antidouleurs tient une place qui, sans être unique, est essentielle. Or, et la chose est bien connue en pharmacologie, il survient un moment où le dosage de ces substances est tel qu'il risque de raccourcir l'expectative de vie du patient. Même si, dans ce cas, l'acte n'est manifestement pas posé dans le dessein de causer la mort, il n'en reste pas moins qu'il peut demeurer suspect aux yeux du droit criminel, parce qu'il est causal par rapport à celle-ci.

Dans son rapport 20, la Commission, à la suite des nombreuses représentations qui lui ont été faites, avait suggéré, encore une fois dans le cadre du *Code criminel* actuel, l'adoption du texte suivant:

> Rien dans les articles 14, 45, 198, 199 et 229 ne doit être interprété comme empêchant un médecin d'entreprendre ou l'obligeant à interrompre l'administration de soins palliatifs et de mesures destinées à éliminer ou à atténuer les souffrances d'une personne pour la seule raison que ces soins ou ces mesures sont susceptibles de raccourcir l'expectative de vie de cette personne.

Cette modification qui a pour but de lever un doute sur un sujet d'une très grande importance doit, de l'avis de la Commission, trouver également droit de cité, quant à sa substance, dans le nouveau Code criminel. Elle pourrait, par exemple, faire l'objet d'une disposition particulière insérée dans le chapitre portant sur la définition des crimes ou infractions.

II. Le maintien du principe de l'autonomie

Le principe de l'autonomie de la personne a été maintes fois défini, décrit et discuté dans les documents publiés par la Commission. Il est donc inutile d'y revenir ici et de reprendre encore une autre fois cet exercice. Par contre, il importe d'examiner plus en détail son impact sur le droit criminel. Les remarques qui vont suivre ne s'appliquent pas uniquement au droit médical mais ont une portée plus générale et touchent l'ensemble des infractions contre la personne. Nous avons choisi, pour fins de clarté d'exposition, de regrouper nos observations autour de deux thèmes principaux, soit d'une part le rôle du consentement et, d'autre part, la protection des personnes incapables.

A. Le rôle du consentement

Dans un document d'étude publié en 1980, la Commission a examiné en détail les problèmes posés au droit positif actuel par le consentement au traitement médical.

En théorie classique, il ne peut y avoir en principe de voies de fait si la «victime» consent à ce que la force lui soit administrée et si le but poursuivi n'est pas lui-même illégal ou immoral. Pour prendre un exemple courant, le boxeur, de par la nature même du sport qu'il pratique, consent à recevoir les coups normaux et usuels dans la pratique de cette activité. Le consentement a donc généralement pour effet de légaliser une atteinte à l'intégrité corporelle qui, en d'autres circonstances, et sans lui, constituerait une infraction criminelle. Deux questions se posent alors.

En premier lieu, le consentement donné doit être valable. Le droit ne saurait, en effet, s'attacher au seul aspect formel de l'expression du consentement pour en déterminer la valeur juridique. Celui qui acquiesce à une atteinte contre sa personne parce

qu'il est menacé de mort exprime un consentement, mais ne consent pas valablement aux yeux de la loi. Un consentement arraché par la contrainte n'est pas valable et ne peut donc légaliser l'atteinte.

Il en est également ainsi du consentement donné par la victime à la suite d'une erreur ou d'une fraude. Le droit privé des contrats connaît bien ces phénomènes appelés vices de consentement. Il doit en être également ainsi pour le droit pénal.

Dans cette perspective, la Commission estime que le nouveau code devrait contenir une réglementation de base du consentement, spécifiant les cas où le consentement de la victime peut être considéré comme une défense valable à l'accusation et prévoyant que, malgré son expression formelle, il n'y a pas de consentement valable s'il a été obtenu par erreur ou par fraude ou est le résultat d'une contrainte.

La seconde question est plus complexe. Elle sera abordée par la Commission dans son document de travail sur l'expérimentation. Le problème n'est pas particulier à ce genre d'intervention. C'est toutefois à propos de celle-ci qu'il risque le plus de se rencontrer en pratique. Si l'on suppose qu'une personne capable peut valablement consentir à une atteinte à son intégrité physique, doit-on pour autant accepter que le seul consentement constitue une défense valable dans tous les cas? Un exemple permet de bien illustrer l'hypothèse. Supposons qu'une personne majeure, saine d'esprit et parfaitement bien informée, consente à devenir le sujet d'une expérimentation scientifiquement sans valeur et qui, sans présenter un danger de mort, peut néanmoins avoir des conséquences sérieuses (elle consent, par exemple, pour montrer l'efficacité d'un nouvel instrument chirurgical, à se faire amputer un doigt sain). Supposons, pour prendre une autre illustration, qu'une secte, dans son rite d'initiation, exige de ses futurs membres l'amputation d'une jambe et que, par hypothèse, le nouveau candidat consente librement et trouve un chirurgien disposé à pratiquer l'opération. Dans de tels cas, le droit criminel, au nom de l'ordre public, ne doit-il pas garder le droit d'intervenir malgré le consentement, et criminaliser l'acte en question?

Comme le document de travail 29 l'a noté, alors que le common law traditionnel interdit de consentir à la mort ou à se voir infliger des lésions corporelles graves, l'article 14 du *Code criminel* canadien limite la portée de la règle à la mort.

La Commission est d'avis que la société, par l'intermédiaire des tribunaux, doit garder un certain pouvoir de contrôle sur des gestes qu'elle peut juger «humainement inacceptables» à une période donnée de son évolution.

Deux solutions sont alors possibles. La première consiste à prévoir un texte particulier, ou à insérer dans le texte général sur le consentement une disposition à l'effet que celui-ci ne peut être donné valablement si l'objet de l'atteinte est lui-même immoral ou inacceptable. C'est, par exemple, la voie suivie par l'article 226(*a*) du Code pénal de la République fédérale allemande qui stipule:

> Celui qui cause une blessure avec le consentement de la victime n'agit illicitement que si l'acte, malgré son consentement, est contraire aux bonnes mœurs.

La difficulté de cette première solution réside dans le fait qu'elle trace une ligne très générale et ne permet pas un haut degré de prévisibilité des solutions jurisprudentielles. La seconde, qui plaît davantage à la Commission, serait simplement de revenir à la règle ancienne du common law suivie par la jurisprudence canadienne, à l'effet que le consentement ne peut être donné valablement si l'atteinte, lorsqu'elle n'est pas justifiée par des raisons thérapeutiques, risque de présenter un danger sérieux pour la vie ou la santé de la personne. En effet, si les lésions corporelles sont de peu d'importance et que l'individu consent, la loi pénale devrait ignorer le fait. Le pouvoir d'intervention des tribunaux devrait être réservé aux hypothèses où il convient de protéger la personne, malgré elle, contre une atteinte sérieuse à sa santé ou son intégrité.

B. La protection de l'incapable

L'incapable, c'est-à-dire celui qui ne peut donner un consentement valable, peut devenir une proie facile pour toutes sortes d'abus en matière d'atteintes à l'intégrité de la personne. C'est pourquoi, de tout temps, la loi a tenu à lui accorder une protection spéciale.

Le problème de la protection de l'incapable a été examiné par la Commission à plusieurs reprises depuis 1972. Dans certaines études récentes, l'incapacité de consentir et ses effets, de même que les méthodes de protection des droits fondamentaux, ont été analysés dans le contexte des opérations de stérilisation contraceptive (document de travail 24), de la cessation de traitement (document de travail 28 et rapport 20), des techniques de modification du comportement (document de travail 43), et aussi, d'une manière plus indirecte, par le document de travail 26 portant sur le traitement médical.

De l'ensemble des discussions, commentaires et réflexions touchant ces divers textes et ceux antérieurement publiés par la Commission, il ressort que la préservation du principe de l'autonomie de la personne passe nécessairement par un renforcement des mesures de protection des droits de l'incapable. L'incapable est en effet, par définition, une personne qui ne jouit plus de son autonomie. La société doit donc s'efforcer de favoriser sa récupération et le droit doit lui offrir une protection spéciale. Le lecteur pourra se référer à cet égard au document de travail 24 sur les stérilisations. Ce document a servi de modèle à un grand nombre d'interventions législatives provinciales sur le sujet, du moins au niveau des principes généraux. La Commission n'a d'ailleurs pas l'intention de pousser plus loin sa recherche sur la question ni de soumettre un rapport au Parlement qui, dans l'état actuel et vu les progrès déjà accomplis, lui semblerait inutile, d'autant plus que les règles civiles de protection des handicapés mentaux n'ont pas nécessairement leur place à l'intérieur du *Code criminel*.

En matière pénale, l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour légaliser l'atteinte à l'intégrité de la personne constitue une première ligne de protection. Elle n'est cependant pas suffisante comme nous l'avons vu. Comme l'a remarqué la Commission à plusieurs occasions, le progrès des sciences psychiatriques et le changement

d'attitude à l'égard de la maladie mentale font que, de plus en plus, il est nécessaire de séparer l'incapacité, au sens légal du terme, de l'inhabileté factuelle à donner un consentement. Lorsqu'il s'agit de décisions portant sur son propre corps, d'interventions médicales, de décisions touchant la vie et sa prolongation, ce n'est pas parce qu'une personne a été judiciairement déclarée incapable que l'on doit automatiquement pouvoir se passer de son consentement ou de son assentiment. En d'autres termes, pour les fins du droit pénal, la personne déclarée incapable par la loi doit, comme toute autre, avoir le droit de participer aux décisions la concernant lorsque ces décisions portent sur une atteinte à son intégrité et dans l'hypothèse où la maladie dont elle est atteinte lui permet malgré tout de comprendre la nature et les conséquences de ses gestes. La plupart des législations provinciales actuellement en vigueur ou projetées ont adopté cette conception générale.

Cette règle doit cependant être tempérée. Comme l'a noté la Commission, en matière de traitement, une institution hospitalière ou un médecin doit conserver le droit de traiter une personne sans obtenir son consentement en cas de nécessité et lorsque l'abstention risque d'être dangereuse pour la vie ou la sécurité de l'intéressé ou de son entourage. Il s'agit là d'exceptions classiques sur lesquelles il n'est pas nécessaire de s'étendre plus longtemps.

Enfin, même si le malade mental, comme tout individu dans la société canadienne, bénéficie des protections générales accordées par la loi, notamment par la Charte et les autres textes fondamentaux, il est nécessaire de prévoir en plus, pour lui, une protection spécifique le mettant à l'abri des abus. Comme l'a écrit à maintes reprises la Commission, nul ne doit pouvoir être privé de l'exercice de certains de ses droits sans une décision valable, soit d'une cour de justice, soit d'un tribunal quasi judiciaire. De plus, le handicapé mental doit bénéficier de toutes les garanties procédurales de base pour éviter des internements abusifs. Dans l'état actuel du droit, ces impératifs sont effectivement suivis par la très grande majorité des législations fédérale et provinciales sur la question.

La protection civile des incapables relève avant tout, mais non exclusivement, du droit provincial. Une nouvelle dimension de cette protection apparaît toutefois avec l'entrée en vigueur de la Charte fédérale qui aura sans nul doute, par plusieurs de ses dispositions, une influence directe sur la question. Comme l'a noté la Commission dans son document de travail 43 à propos des techniques de contrôle et de changement de la personnalité, il est regrettable de constater le manque d'uniformité des législations provinciales sur un problème aussi essentiel que les droits et le traitement juridique des personnes atteintes d'un handicap mental. La Commission renouvelle donc la suggestion qu'elle faisait alors, à savoir que, par le biais d'organismes comme la Conférence sur l'uniformisation des lois, un effort particulier soit entrepris pour adapter les diverses législations actuelles aux droits reconnus par la Charte et pour, lorsque la chose est possible, uniformiser les différents textes touchant la protection de l'incapable.

III. Le maintien du principe de l'autodétermination

Une des conséquences directes du principe de l'autonomie de la personne humaine est le droit pour elle à ce que l'on peut appeler *l'autodétermination*. À partir du moment où son processus décisionnel existe, est libre et est éclairé, elle doit avoir le droit, sans interférence, et sous réserve des limites imposées par la vie en société, de prendre seule les décisions la concernant. Ce principe de l'autodétermination est particulièrement important lorsque les décisions touchent l'intégrité physique ou mentale. Il vise à respecter le pouvoir décisionnel individuel, à assurer une «sphère d'intimité» personnelle et un pouvoir de contrôle sur sa propre vie.

La Commission, dans son document de travail 28 et son rapport 20, a étudié, sur le plan du droit criminel, les conséquences de l'application de ce principe en matière d'atteintes normalisées à l'intégrité physique de la personne. Il convient donc de reprendre sommairement ici l'état de la question et les suggestions de réforme qui avaient alors été faites.

A. La cessation de traitement

Le traitement d'une personne capable est un acte volontaire. Celle-ci a le pouvoir, parce qu'elle est autonome, de décider de l'entreprendre, de le cesser. L'enjeu devient sérieux lorsque la cessation ou la non initiation d'un traitement, à la demande de l'intéressé, peut avoir pour effet d'entraîner ou de hâter sa mort.

Comme elle l'a maintes fois exprimé, la Commission est d'avis que le droit doit respecter le principe de l'autodétermination de l'individu sur son propre corps, sur sa vie et sur sa mort. Ce respect implique nécessairement la possibilité pour l'individu de refuser un traitement ou de l'interrompre, même si ce geste met ses jours en danger. Ainsi en est-il du témoin de Jéhovah qui refuse une transfusion sanguine ou du patient atteint d'une maladie grave et qui désire ne plus se faire traiter ou cesser de s'alimenter artificiellement. Certes, il est important de s'assurer que la décision émane d'une personne lucide et capable de la prendre. Si cette condition est remplie, la Commission est d'avis que la décision doit être respectée même si elle peut ne pas paraître objectivement fondée à un observateur impartial. Les motifs personnels de l'individu, qu'ils soient ou non partagés par d'autres ou par la société, doivent être respectés, quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir sur leur logique, leur pertinence ou leur bien-fondé.

La Commission est donc d'avis que dans le nouveau code criminel, le droit à l'autodétermination de la personne capable sur son propre corps et le droit de prendre seule les décisions la concernant doivent être formellement reconnus et consacrés. Ces droits sont, en effet, des droits généraux qui ne trouvent pas seulement écho en matière médicale, mais qui s'appliquent aussi à l'ensemble des circonstances où une atteinte quelconque peut être portée à l'intégrité de la personne.

B. L'euthanasie active

La Commission a condamné et continue à condamner fortement l'euthanasie active. Comme elle l'a écrit dans le rapport 20, l'acte d'euthanasie active, connu parfois sous le nom de meurtre par compassion, doit continuer à être traité par la loi comme un meurtre.

Le respect du principe de l'autodétermination n'emporte pas, en effet, pour l'individu le droit d'exiger des autres qu'ils le mettent à mort. L'euthanasie active, même avec l'assentiment de l'intéressé, est inacceptable. Sa légalisation ou sa reconnaissance directe ou indirecte par le droit criminel est dangereuse parce que risquant d'entraîner des abus sérieux qui ne peuvent se traduire que par une diminution sensible de la zone de protection attachée par le droit pénal à l'intégrité de la personne humaine.

Il ne nous paraît pas utile de reprendre ici l'argumentation que la Commission a largement développée à cet égard d'abord dans son document de travail 28 puis dans son rapport 20. La Commission réitère sa position qui consiste à s'opposer fermement à une légalisation ou une décriminalisation de toute forme d'euthanasie active et à un traitement législatif particulier pour le meurtre par compassion.

C. L'aide au suicide

Enfin, le principe de l'autodétermination emporte qu'une personne capable soit libre d'essayer de mettre fin à ses jours par un acte qui socialement et humainement reste tout de même regrettable. La décriminalisation, en 1973, de la tentative de suicide ratée n'a toutefois pas consacré la légitimité du suicide, non plus qu'un véritable «droit» au suicide au sens classique que l'on doit donner à ce terme. La Commission pense que le suicide reste un acte profondément contraire à la nature humaine. Elle est toutefois d'accord, pour des raisons humanitaires, avec la décriminalisation de la tentative.

En 1973, le législateur fédéral a conservé comme infraction l'aide au suicide. Cette initiative est critiquée de nos jours par plusieurs groupes, surtout dans le contexte de l'aide apportée aux personnes en phase terminale. Dans son document de travail 28 et son rapport 20, la Commission s'est déclarée opposée à une décriminalisation de l'aide au suicide au motif que le principe de l'autodétermination ne doit pas conférer un droit aux tiers d'aider ou d'inciter à l'acte. En outre, sur un plan général de politique législative, décriminaliser l'aide ou l'incitation au suicide est dangereux en raison des abus qu'une telle politique ne peut manquer d'entraîner. Il faut effectivement considérer que l'aide au suicide ne se pose pas uniquement dans le contexte du malade en phase terminale pour lequel, sur le plan humanitaire, on ne peut faire autrement que d'éprouver de la sympathie.

La Commission reste donc d'avis que le nouveau code criminel doit continuer à réprimer l'aide au suicide dans le cadre des infractions contre l'intégrité de la personne humaine.

CHAPITRE DEUX

Les suggestions de réforme

Comme nous l'avons mentionné au début de ce rapport, la réforme du droit, dans le cadre du mandat confié à la Commission, peut s'opérer de plusieurs façons. Tout d'abord, par des modifications à la législation existante ou par la création de nouveaux textes, dans la perspective de l'adoption d'un code criminel moderne. Ensuite, par des suggestions qui ne sont pas nécessairement destinées à être incorporées dans un texte de loi. Enfin, par des recommandations de politique juridique au sens le plus large du terme, indiquant au Gouvernement, au Parlement ou aux autorités compétentes, l'orientation générale qui devrait être prise sur telle ou telle question.

On retrouve l'utilisation de ces trois modalités à travers l'ensemble des travaux publiés par la Commission depuis le début des années soixante-dix. Dans leur formulation définitive, surtout pour celles appartenant à la première catégorie, la Commission doit tenir compte du fait qu'elle consacre à l'heure actuelle le plus clair de ses énergies à la rédaction d'un nouveau code criminel. Les suggestions de réforme législative déjà mises de l'avant doivent donc être pensées désormais en fonction de leur insertion dans ce nouvel ensemble.

Le plan définitif de ce nouveau code criminel et l'aménagement interne de celui-ci ne sont pas encore arrêtés. Il est donc difficile pour la Commission de présenter ses propositions sous la forme d'un énoncé législatif définitif. C'est pourquoi elle a préféré donner, dans les pages qui suivent, une liste aussi complète que possible du contenu que devraient avoir ces nouvelles règles, sans s'attacher, pour l'instant, à leur formulation.

Pour faciliter leur accès, ces recommandations ont été regroupées sous deux sections différentes, soit celles qui doivent trouver leur expression dans la législation au sein d'un nouveau code pénal et celles qui appartiennent davantage à la catégorie des suggestions de politique juridique générale.

I. Les recommandations de modifications législatives

Une certaine forme de réglementation du traitement médical au sein du *Code criminel* est essentielle. Le législateur actuel l'avait d'ailleurs bien compris en prévoyant les textes des articles 19, 45 et 198 notamment pour, d'une part, légaliser ce qui tombait autrement sous le coup des voies de fait et, d'autre part, énoncer les critères généraux de légalité de ce genre d'intervention.

La forme définitive que peut revêtir la réglementation du traitement médical dans le nouveau code criminel canadien reste encore à préciser. Elle ne pourra probablement être faite qu'une fois l'ensemble des textes touchant les infractions contre les personnes arrêté sur le plan du fond et de la forme.

Notre première recommandation sur le plan législatif est donc d'ordre général :

1. Nous recommandons que l'ensemble des infractions contre la personne contenues à l'heure actuelle dans le *Code criminel* soit conservé, sujet aux révisions techniques de fond et de forme qui s'imposent et qu'une place y soit conservée pour l'aménagement des règles touchant le traitement médical.

En second lieu, et par ordre de généralité, se pose le problème de la reconnaissance par la loi de la protection de l'intégrité psychologique de l'individu. Conformément à la position prise par la Commission dans les pages qui précèdent, la seconde recommandation de la Commission est à l'effet suivant :

2. Dans le cadre du traitement, le fait de causer un préjudice psychologique grave devrait constituer une infraction. Il faudrait envisager la possibilité d'étendre la portée de cette infraction.

En troisième lieu, le nouveau code criminel doit s'efforcer d'atteindre une plus grande clarté en matière de consentement, plus particulièrement quant à l'effet juridique du consentement de la «victime» à une atteinte à l'intégrité de sa personne. Pour atteindre cet objectif, la Commission fait les recommandations suivantes :

3. Le consentement du patient devrait être une condition nécessaire à la légalité du traitement médical sauf en cas d'urgence. Lorsque le patient est incapable de communiquer, le consentement d'un tiers, tel que défini par les lois provinciales, devrait être obtenu.

4. Le consentement du patient devrait être une condition nécessaire à la légalité d'une expérimentation scientifique. En outre, le risque couru ne devrait pas être hors de proportion avec le bénéfice que l'on peut en espérer et ne devrait pas constituer un danger sérieux pour la vie ou la santé de la personne.

5. Le consentement ne devrait être considéré comme valable que s'il est libre et éclairé, le contenu exact de ces notions devant être déterminé par la jurisprudence à propos de chaque cas particulier.

En matière de traitement médical, la Commission est d'avis que les standards actuels de pénalisation sont adéquats et doivent être conservés. Ce n'est donc pas la moindre faute ou la moindre négligence dans l'administration du traitement médical ou chirurgical qui devrait faire l'objet de préoccupations du droit pénal. La Commission recommande donc ceci :

6. Dans leur ensemble, les règles actuelles touchant au caractère raisonnable des interventions médicales et au standard requis pour la pénalisation des abus devraient être maintenues.

Comme l'a déjà suggéré la Commission à deux reprises il lui paraît important, à l'époque moderne, que, contrairement aux autres atteintes normalisées à l'intégrité de la personne, le traitement médical soit reconnu comme étant *prima facie* légal. C'est pourquoi elle fait la recommandation suivante :

7. La nouvelle expression législative sur le sujet devrait être rédigée de façon à séparer le traitement médical des autres atteintes normalisées à l'intégrité de la personne de façon à reconnaître la légalité *prima facie* de celui-ci.

La nouvelle protection donnée aux droits de la personne par la Charte fait que ceux-ci sont désormais mieux assurés qu'ils ne l'étaient auparavant. Toutefois, dans certains cas particuliers, la loi doit accorder une protection additionnelle. Une interprétation stricte des textes actuels, comme nous l'avons vu, a pour effet d'avaliser et même de consacrer dans les faits l'acharnement thérapeutique. Cette pratique est condamnable parce que directement contraire aux principes de l'autonomie de la personne et à son droit à l'autodétermination et parce que constituant en elle-même une atteinte aux droits fondamentaux du patient. Même si la règle générale à l'effet que le traitement pratiqué contre la volonté du patient constitue une voie de fait doit demeurer, il semble à la Commission que le problème est trop important pour que la règle de comportement souhaitable à cet égard n'en soit connue que par déduction à partir d'un texte général. La Commission fait donc la recommandation suivante :

8. L'équivoque soulevée par les dispositions de l'article 199 du *Code criminel* actuel devrait être dissipée et le droit de toute personne capable de refuser un traitement médical ou de demander l'interruption ou la cessation de celui-ci devrait être inscrit dans le *Code criminel* et donc nul ne devrait être obligé de le fournir contre la volonté du patient.

Dans le cas où la personne, pour raison d'inconscience, de défaut d'âge ou d'insanité d'esprit, est incapable de donner un consentement valable, il faut éviter que la pratique de l'acharnement thérapeutique déjà condamnée en temps normal ne puisse se pratiquer. La Commission recommande donc ceci :

9. Dans le cas d'une personne incapable comme dans celui d'une personne capable, aucune responsabilité criminelle ne devrait pouvoir être imputée au médecin s'il décide d'interrompre ou de ne pas entreprendre un traitement qui n'est plus thérapeutiquement utile et dans le meilleur intérêt de la personne.

Toujours en matière de traitement médical, il semble à la Commission indispensable que le *Code criminel* prenne explicitement position en faveur de la légalité de l'administration des soins palliatifs même lorsque ceux-ci risquent de raccourcir l'expectative de vie du patient. Il s'agit simplement d'accorder la réalité à une pratique médicale humaine et reconnue et d'éviter que, pour des raisons d'obscurité de la loi, des malades en phase terminale ne soient privés des soins palliatifs auxquels ils ont droit. Les soins palliatifs doivent, bien entendu, toujours être administrés conformément aux règles qui régissent habituellement le consentement (voir la recommandation 3 ci-dessus). La Commission recommande donc ceci :

10. Un texte à l'effet que l'administration de soins palliatifs ne tombe pas sous la sanction de la loi lorsqu'elle est faite pour le bénéfice de la personne et même si elle peut avoir pour effet de raccourcir son expectative de vie, devrait être prévu au *Code criminel*.

La Commission, dans son rapport 20, a catégoriquement rejeté tout assouplissement, tant au niveau de la formulation de l'infraction qu'à celui de la sentence, des règles actuelles du droit criminel en matière d'euthanasie active. La Commission, pour les raisons déjà exprimées, recommande ceci :

11. L'euthanasie active ne devrait être ni légalisée ni décriminalisée et devrait continuer, même si l'acte d'homicide est posé pour des raisons humanitaires, à être traitée, sur le plan du droit substantif comme sur le plan du droit sentenciel, comme un homicide coupable.

Enfin, la Commission s'est également prononcée contre la décriminalisation de l'aide et de l'incitation au suicide :

12. L'aide et l'incitation au suicide ne devraient pas être décriminalisées et devraient continuer à être sanctionnées par le nouveau code criminel.

II. Les recommandations de politique juridique générale

Nous nous interrogeons, dans un document de travail distinct qui n'est pas encore terminé, sur les normes qui devraient être applicables en matière d'expérimentation sur les sujets humains. La Commission a constaté en effet qu'il n'existe aucune réglementation précise s'imposant à ceux qui, au Canada, utilisent l'être humain comme sujet d'expérience. Certes, les règles d'éthique des divers organismes subventionnés et universitaires existent. De même, en matière d'expérimentation sur l'embryon, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a récemment suggéré une ligne de conduite précise. Nous étudions actuellement la question de savoir s'il y aurait avantage cependant à une uniformisation de ces règles, à leur regroupement au sein d'un seul et même ensemble, à une rationalisation des permissions ou interdits concernant certains groupes plus vulnérables (prisonnier, fœtus, enfant, handicapé mental ...) et à la mise en place d'un processus de supervision de l'application de ces normes.

Deux recommandations principales, directement ou indirectement faites dans les différents documents ci-haut mentionnés, doivent être explicitées ici.

Notre première recommandation générale porte sur la protection des incapables psychiatriques. La Commission a constaté les différences parfois importantes qui séparaient leur régime de protection dans les différentes provinces du Canada. Comme il s'agit là de protéger des droits véritablement fondamentaux et eu égard à la Charte, la Commission recommande ceci :

13. Par le biais d'organismes comme la Conférence sur l'uniformisation des lois, un effort particulier devrait être entrepris dans le but, d'une part, de mieux adapter les diverses législations actuelles aux droits reconnus par la Charte et, d'autre part, lorsque possible, d'uniformiser les différents textes touchant l'administration, le refus de traitement et la protection des droits fondamentaux de l'incapable psychiatrique.

Notre seconde recommandation générale est la suivante : la Commission a eu l'occasion de dire combien l'idée qu'un traitement puisse être utilisé comme méthode de sanction pénale lui répugnait. Elle reconnaît en outre que le prisonnier est sujet du fait même de son incarcération à une pression psychologique qui le rend plus vulnérable que d'autres personnes à certains abus. La Commission fait donc la recommandation suivante :

14. Les autorités compétentes devraient voir à la réglementation des interventions médicales en milieu pénitentiaire de façon à refléter les principes reconnus en la matière par le droit canadien, cette réglementation devant s'adresser entre autres aux problèmes suivants : l'obtention du consentement des prisonniers; les mécanismes propres à s'assurer du caractère volontaire de leur participation et les normes minimales visant à l'information et au consentement.

Enfin, la Commission a effectué des travaux importants, publiés en 1979 et en 1981 respectivement sous la forme d'un document de travail et d'un rapport au Parlement, touchant les critères de détermination de la mort. Le texte dont elle continue à fortement recommander l'adoption par le Parlement, doit avoir une portée générale. Il ne conviendrait donc pas de l'inclure dans le nouveau code criminel, mais de prévoir son insertion dans une loi spéciale ou encore, solution que la Commission favorise, dans la *Loi concernant l'interprétation des lois* :

15. Le texte proposé dans le rapport 15 sur la détermination de la mort cérébrale devrait être adopté par le Parlement comme addition à la *Loi concernant l'interprétation des lois*.